## 2.7.2 Notariële akte

Pauline Elisabeth Ernste, datum 01-07-2012

- Wet- en regelgeving
- Beleid
- Genoemd in

In de praktijk komt het voor dat gebruik wordt gemaakt van de notariële akte om de beslissing ofwel het bindend advies op een snelle en eenvoudige wijze executoriale kracht te geven. Een notariële akte kan, evenals een rechterlijke uitspraak, in heel Nederland ten uitvoer worden gelegd (art. 430 Rv). Hiervoor is vereist dat in de akte een voor tenuitvoerlegging vatbare verplichting is opgenomen. Hiervan is sprake in het geval van de notariële partij-akte. [1] De notariële partij-akte bevat waarnemingen van de notaris, verklaringen van partijen en eventueel bevestigingen daarvan door getuigen (art. 37 lid 1 Wna). Deze akte wordt door partijen, de notaris en eventuele getuigen ondertekend (art. 37 lid 2 Wna). Van de notariële partij-akte dient de notariële proces-verbaalakte te worden onderscheiden. Een notariële proces-verbaalakte is een notariële akte die slechts waarnemingen van de notaris en eventueel bevestigingen daarvan door getuigen bevat (art. 37 lid 1 Wna). Deze akte wordt enkel getekend door de notaris en eventueel getuigen (art. 37 lid 2 Wna). De zuivere notariële proces-verbaalakte levert geen executoriale titel op doordat onvoldoende vaststaat dat partijen zich vrijwillig hebben onderworpen aan de mogelijkheid van executie buiten de rechter om. De ambtelijke getuigenverklaring kan niet worden gezien als een substituut van partijverklaringen. [2] Ondanks dat de notariële proces-verbaalakte geen partijverklaringen bevat, wordt in de literatuur verdedigd dat deze akte toch een executoriale titel kan opleveren wanneer een verplichting ook door de notaris kan worden vastgesteld. [3]
In de literatuur wordt aangenomen dat met een notariële akte, evenals met een rechterlijk vonnis, ook andere verplichtingen dan de betaling van een geldsom kunnen worden afgedwongen. Om met behulp van een notariële akte tot reële executie te komen, dient de notariële akte wel zodanig te worden ingericht dat aan art. 3:296 BW e.v. recht wordt gedaan. Bij een verplichting om te doen heeft dit bijvoorbeeld tot gevolg dat een partij diens wederpartij in de notariële akte moet machtigen om zonder tussenkomst van de rechter op te treden. [4]
In het arrest *Rabobank/Visser* heeft de Hoge Raad enkele richtlijnen gegeven betreffende de inhoud van de notariële akte zodat met een grosse daarvan tot executie kan worden overgegaan. In dit arrest, dat betrekking had op een notariële akte van vestiging van een hypotheekrecht, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat aan de grosse van een authentieke akte slechts executoriale kracht toekomt met betrekking tot op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaande en in de akte omschreven vorderingen alsmede met betrekking tot toekomstige vorderingen die hun onmiddellijke grondslag vinden in een op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaande en in de akte omschreven rechtsverhouding. [5]

In de literatuur is voorgesteld om *de bindend-adviesovereenkomst* vast te leggen in een notariële partij-akte. Het is de vraag of met de vastlegging van de *bindend-*

*adviesovereenkomst* in een notariële akte is voldaan aan de vereisten die zijn neergelegd in het arrest *Rabobank/Visser*. Uit dit arrest vloeit voort dat het verschuldigde voldoende bepaalbaar moet zijn. Op het moment dat de bindend-adviesovereenkomst wordt vastgelegd in de notariële akte, is echter nog niet duidelijk wat partijen aan elkaar zijn verschuldigd. Uit het arrest *Rabobank/Visser* blijkt dat aan een grosse van een notariële akte ook executoriale kracht toekomt met betrekking tot toekomstige vorderingen die hun onmiddellijke grondslag vinden in een op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaande en in de akte neergelegde rechtsverhouding, mits de akte op de voor de schuldenaar bindende wijze aangeeft waarlangs de omvang van de schuld kan worden vastgesteld. [6] Een voorbeeld hiervan is de boekenclausule die is neergelegd in een notariële akte. [7] Wanneer dit wordt toegepast op bindend advies, is met de vastlegging van de *bindend-adviesovereenkomst*voldaan aan de eisen die in het arrest *Rabobank/Visser* zijn gesteld aan de inhoud van de notariële akte zodat deze een executoriale titel oplevert. Met de neerlegging van de bindend-adviesovereenkomst in een notariële akte wordt de rechtsverhouding in de notariële akte neergelegd waaruit het verschuldigde voortvloeit. De bindend-adviesovereenkomst bepaalt immers dat het verschuldigde wordt bepaald door een beslissing of wel een bindend advies van een derde en dat partijen zich hieraan gebonden achten.
E-Court, een online ‘internetrechtbank’, heeft er voor gekozen om niet het begin maar het einde in een notariële akte neer te leggen. [8] Bij e-Court wordt niet de bindend-adviesovereenkomst, maar *de beslissing* of wel *het bindend advies* neergelegd in een notariële akte. Anders dan bij de vastlegging van de bindend-adviesovereenkomst in de notariële akte, is de grootte van de schuld bij neerlegging van het bindend advies in de notariële akte wel te lezen in deze akte doordat het bindend advies bepaalt wat is verschuldigd. Ook in dit geval voldoet de inhoud van notariële akte aan de eisen die de Hoge Raad heeft gesteld in het arrest *Rabobank/Visser* om tot executie over te gaan.
In de praktijk zal een partij, voor wie de beslissing ongunstig uitpakt, hoogstwaarschijnlijk zelden medewerking verlenen aan de neerlegging van het bindend advies in de notariële akte. Dit probleem kan worden omzeild wanneer partijen de bindend adviseur tevens een volmacht geven om de beslissing namens partijen in een notariële akte neer te leggen. [9] In dat geval is er sprake van een partij-akte (art. 37 lid 1 Wna). Een grosse van een notariële partij-akte levert, zoals hierboven reeds is uiteengezet, een executoriale titel op. Een notariële partij-akte zal een notaris slechts mogen passeren wanneer hij is overtuigd dat hetgeen in de akte wordt opgenomen ook inderdaad door de partijen is gewild en is begrepen. De notaris zal er zeker van moeten zijn dat partijen begrijpen wat de consequenties zijn wanneer zij hun handtekening zetten. Daartoe dient de notaris alvorens tot het verlijden van de akte over te gaan, aan de verschijnende partijen mededeling te doen van de zakelijke inhoud daarvan en geeft hij daarop een toelichting. Zo nodig wijst hij daarbij tevens op de gevolgen die voor partijen uit de inhoud van de akte voortvloeien (art. 43 lid 1Wna). Met deze *Belehrungsplficht* moet worden voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde of feitelijk overwicht. [10] De notaris is niet betrokken bij de volmachtverlening van partijen aan de bindend adviseur. De informatieplicht van de notaris neergelegd in art. 43 lid 1 Wna inhoudende dat de notaris verplicht is om partijen bij de akte zo nodig te wijzen op de gevolgen die uit de inhoud van de akte voortvloeien, blijft ook op de notaris blijft rusten in het geval dat de akte bij volmacht wordt gepasseerd. Dit betekent dat de notaris bij het passeren van een akte bij volmacht de cliënt zal moeten informeren bij de toezending van de

conceptakte of in ieder geval bij de voorafgaande besprekingen met de cliënt. [11] Uit de informatieplicht vloeit voort dat de notaris zich mede tot de gevolmachtigde partij moet wenden, alvorens hij de notariële akte mag passeren. [12]Aanvankelijk leek e-Court gebruik te maken van een dergelijke volmachtsconstructie. Het reglement bepaalde dat partijen een bindend-adviesovereenkomst sloten waarin zij, ter beëindiging van een tussen hen bestaand geschil, de beslissing gezamenlijk opdragen aan e-Court als derde in de zin van art. 7:900 lid 2 BW. Daarnaast werd in het reglement bepaald dat door partijen aan e-Court vooraf een onherroepelijke *volmacht* werd verleend om haar beslissing, die zij had genomen als *derde* in de zin van art. 7:900 lid 2 BW, namens partijen vast te leggen in een notariële akte. Hieruit vloeit mijns inziens voort dat e-Court gebruik maakte van een notariële partij-akte en niet, zoals e-Court had bedoeld, van een notariële proces-verbaalakte. In geval van e-Court bestond er in de procedure geen ruimte voor contact van de notaris met partijen, waardoor de notaris niet aan de op hem rustende informatieplicht kan voldoen (art. 43 lid 1 Wna). De notaris zal om deze reden dan ook zijn dienst moeten weigeren (art. 21 lid 2Wna). [13]
Een andere mogelijkheid is dat partijen aan de bindend adviseur enkel de opdracht geven om de beslissing neer te leggen in een proces-verbaalakte. Dit heeft e-Court kennelijk bedoeld te doen. In het reglement dat geldt sinds oktober 2011 is immers bepaald dat partijen bij de vaststellingsovereenkomst aan e-Court de *opdracht* geven om de beslissing in het tussen hen bestaand geschil in een authentieke akte te doen vastleggen door een notaris die is gerechtigd tot afgifte van een grosse als executoriale titel van partijen. Een grosse van een notariële proces-verbaalakte levert slechts een executoriale titel op wanneer uit de notariële akte blijkt dat de partij zich tot de prestatie heeft verbonden. Dit kan blijken uit de ondertekening door partijen (art. 37 lid 3 Wna) of door de vaststelling door de notaris. Kraan merkt terecht op dat dit bij e-Court niet blijkt uit de akte. De partijen zijn geen partij bij de notariële akte. Door het gebruik van het woord ‘opdracht’ in het reglement heeft e-Court willen aangeven dat tussen e-Court en partijen geen rechtsverhouding bestaat op grond waarvan e-Court als gevolmachtigde van partijen verbintenissen op zich kan nemen, maar enkel dat e-Court bevoegd is de beslissing op te nemen in een notariële akte. Daarnaast vloeit uit het reglement voort dat de notaris de verplichting niet mag vaststellen. Ingevolge het reglement gaat de door e-Court aangezocht notaris af op de inhoud van de uitspraak van e-Court en is de notaris niet gehouden om zich zelfstandig een inhoudelijk oordeel te vormen over de beslissing van e-Court. Daarbij komt dat, indien partijen in de notariële proces-verbaalakte zich wel tot de uit de beslissing van e-Court voortvloeiende verbintenissen hebben verbonden, de notaris van oordeel kan zijn dat hij dient na te gaan of partijen inderdaad de bedoeling hebben gehad om de beslissing in een notariële akte op te nemen en of zij zich bewust zijn van de inhoud van de akte. [14] Hiertoe bestaat in de procedure bij e-Court geen ruimte. In een tuchtrechtelijke uitspraak is de kamer van toezicht te Maastricht ook tot het oordeel gekomen dat een notaris die had meegewerkt aan het passeren van een notariële akte en het afgeven van een grosse van een beslissing van e-Court, tuchtrechtelijk verwijtbaar had gehandeld vanwege het feit dat de notaris niet de wil van partijen had vastgesteld en vervolgens partijen niet had geïnformeerd over de rechtsgevolgen van de keuzes. De kamer van toezicht laat overigens in het midden of het nu ging om een partij-akte of een proces-verbaalakte. [15]
Wil één van partijen met de notariële akte waarin de bindend-adviesovereenkomst of het bindend advies is neergelegd tot reële executie kunnen overgaan, dient de notariële akte wel op een zodanige wijze te zijn ingericht. [16] De bindend adviseur

beschikt immers zelf niet over bevoegdheden vergelijkbaar met art. 3:296 BW e.v. Blijkens art. 3:305 BW beschikt naast de overheidsrechter enkel een scheidsgerecht in beginsel over deze bevoegdheden. De wetgever heeft deze bevoegdheid niet toegekend aan de bindend adviseur. Zowel in de wettekst als in de parlementaire geschiedenis bij art. 3:305 BW wordt niet gesproken over bindend advies, enkel over de gelijkstelling van een arbitraal vonnis aan een rechterlijk vonnis, terwijl in dezelfde titel in art. 3:319 BW bindend advies wel uitdrukkelijk wordt genoemd. De wetgever geeft geen verklaring voor de keuze om een arbiter wel en een bindend adviseur niet de aan de overheidsrechter toegekende bevoegdheden toe te kennen. Waarschijnlijk ligt hier het door de wetgever vaker gebruikte argument van het verschil in wettelijke basis tussen beide vormen van geschillenbeslechting aan ten grondslag. Arbitrage heeft een wettelijke basis in Boek IV Rv gekregen, waardoor enkele waarborgen betreffende de procedure wettelijk zijn verankerd. Bindend advies kent daarentegen geen wettelijke formele regeling en wordt enkel beheerst door het overeenkomstenrecht waardoor het de kracht van een overeenkomst heeft. Dit verschil vormde, zoals hierboven reeds besproken, voor de Minister van Justitie ook de reden om bij de vereenvoudiging van de kantonprocedure geen verlofverlening van een bindend advies van de geschillencommissies voor consumentenzaken mogelijk te maken.[17]

Neerlegging van het bindend advies in een notariële akte heeft geen gevolgen voor de mogelijkheid tot vernietiging van het bindend advies (art. 7:904 lid 1 BW). De overheidsrechter kan op vordering van één van de partijen het bindend advies ook in dat geval vernietigen wanneer de inhoud of de wijze van totstandkoming in strijd is met de redelijkheid en billijkheid (§ 2.4.4.2). Dit kan tot gevolg hebben dat een bindend advies dat is neergelegd in een notariële akte, wordt vernietigd op grond van art. 7:904 lid 1 BW, nadat het bindend advies is geëxecuteerd. Dit kan worden voorkomen door in geval van dreigende executie een executiegeschil aanhangig te maken waar aan de (kortgeding)rechter de eis tot staking van de tenuitvoerlegging wordt voorgelegd (art. 438 Rv). De executie van de notariële akte waar het bindend advies in is neergelegd, kan evenals de executie een rechterlijk vonnis naar mijn mening slechts worden gestaakt wanneer het bindend advies, neergelegd in de notariële akte, op een kennelijke feitelijke of juridische misslag berust of de executant (anderszins) misbruik maakt door de executie voort te zetten. De stelling dat een wezenlijk verschil bestaat tussen notariële akten en rechterlijke uitspraken waar het de mogelijkheden voor verweer tegen de executie betreft, geldt niet in het geval een bindend advies is neergelegd in een notariële akte. Aan deze stelling ligt het verschil in toetsing vooraf ten grondslag. De functie van de notaris is niet om tot eenzelfde belangenafweging als de overheidsrechter te komen.[18] Over deze functie beschikt de bindend adviseur echter wel. Daarbij komt dat de procedure tot vernietiging van een bindend advies ex art. 7:904 lid 1 BW is bedoeld om bezwaren aan te voeren tegen de wijze van totstandkoming en de inhoud van het bindend advies.
Veelal zal echter pas achteraf actie worden ondernomen, wanneer het bindend advies al is geëxecuteerd en daarna door de overheidsrechter op grond van art. 7:904 lid 1 BW is vernietigd. Deze situatie is te vergelijken met het geval dat een vonnis bij voorraad ten uitvoer is gelegd, waarna het geëxecuteerde vonnis bij onherroepelijk vonnis is vernietigd. Dit komt voor risico van de executant en hij kan op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk worden gesteld wegens onrechtmatige executie.[19] De vernietiging van het bindend advies na executie van dit in de notariële akte neergelegde bindend advies is mijns inziens dan ook voor risico van de executant. De executant heeft er immers voor gekozen het bindend advies te

executeren, terwijl deze nog door de geëxecuteerde ter toetsing aan de overheidsrechter kan worden voorgelegd. De termijn van toetsing kan overigens worden bekort door van te voren een redelijke termijn af te spreken waarbinnen een beroep kan worden gedaan op de vernietigingsgrond van art. 7:904 lid 1 BW. Door verloop van deze termijn wordt het bindend advies bevestigd (§ 2.4.2.2). [20] De executant kan dan ook op grond van art. 6:162 BW worden aangesproken voor de door de geëxecuteerde geleden schade. De executant weet of behoort te weten dat een bindend advies kan worden vernietigd op grond van art. 7:904 lid 1 BW.

Toon alle voetnoten